

# A FILOSOFIA DE AGAMBEN, O TERRORISMO DE BIN LADEN E O DIREITO PENAL DO INIMIGO: UM ESTUDO DE FRONTEIRAS ENTRE A PROTEÇÃO E A PUNIÇÃO

## AGAMBEN PHILOSOPHY, BIN LADEN'S TERRORISM AND ENEMY'S CRIMINAL LAW: A STUDY OF THE BORDERS BETWEEN PROTECTION AND PUNISHMENT

Fernando Antônio C. Alves de Souza<sup>1</sup>

José Arlindo de Aguiar Filho<sup>2</sup>

### RESUMO

O presente artigo, ao analisar o Direito Penal do Inimigo, na obra polêmica de Günther Jakobs de mesmo título, traz como contraponto a visão filosófica do professor italiano Giorgio Agamben, autor de diversas obras, dentre as quais, “Homo Sacer” e o “Estado de Exceção”. Realizou-se pesquisa na literatura jurídica sobre os argumentos jurídico-penais que refutam o *Feidstrafrecht*, ao tratar o terrorista como “não pessoa”, criando a dualidade com o cidadão, pessoa amparada pelos direitos humanos. A conclusão desenhada implica que tal conceituação é grave, pois fere o Estado Democrático de Direito, com uma Política Criminal que se refletiu para outros países, com maior ou menor intensidade.

Palavras-Chave: Terrorismo. Direito Penal do Inimigo. Giorgio Agamben. Günther Jakobs.

### ABSTRACT

This paper aims to make an analysis of the Günther Jakobs polemical work entitled Enemy's Criminal Law, in an opposite perspective retrieved from Giorgio Agamben view, specifically from his several works on state of exception, among which the “Homo Sacer”. In the use of the juridical literature we try to show what arguments can be held against the *Feidstrafrecht*, as the duality between the terrorists treatment as non-person in comparison with the regular citizen's protection, the person with human rights assured. At the end we look at the criminal policy influenced by this dichotomy as a serious danger to the democratic state of law, a real and in movement threat spread, in bigger or smaller intensity, among legal systems around the world.

Keywords: Terrorism. Enemy's Criminal Law. Giorgio Agamben. Günther Jakobs.

---

<sup>1</sup> Doutorando pela Universidad de Buenos Aires. Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Federal de Pernambuco. Especialista em Docência do Ensino Superior pela Faculdade Maurício de Nassau – PE. Professor de graduação e pós-graduação no Centro Universitário Maurício de Nassau. Advogado. Membro de Comissão da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Pernambuco.

<sup>2</sup> Doutor em Filosofia Contemporânea. Professor adjunto B da Universidade Estadual da Paraíba.

## QUEM É O INIMIGO<sup>3</sup>?

O tema desse artigo é transversal, ou seja, é filosófico, jurídico e sociológico e, desta forma, enfrenta dificuldades próprias ao esforço interdisciplinar. A abrangência sempre vem acompanhada de um alto preço a ser pago com os problemas para delimitar as fronteiras dos campos teóricos da pesquisa e na impossibilidade de verticalização radical em um ponto singular. Em contrapartida, a riqueza do estudo interdisciplinar e sua inegável contribuição aos diversos campos que trocam informação entre si compensam os desafios da tarefa, desde que tratada com o devido cuidado e atenção. Um exemplo dessa riqueza e dificuldade pode ser encontrada na crítica comum ao dualismo entre teoria e prática, geralmente traduzida em meio jurídico como a distância entre disciplinas zetéticas e dogmáticas. O esforço por vencer esse dualismo, no qual aqui se pretende inserir, não é novidade no meio acadêmico. Observemos o campo do que se convencionou intitular de pesquisa sociojurídica: “A importância da Sociologia Jurídica é não só teórica (por estudar o direito como fato social básico), mas implica ainda consequências práticas”.<sup>4</sup>

Seguindo a linha proposta, o trabalho pretende contrapor dois marcos teóricos do pensamento jurídico, o direito penal do inimigo<sup>5</sup> de Jakobs frente ao “Homo Sacer”<sup>6</sup> de Agamben a um fato concreto que os desafia e desafia nossa geração enquanto indivíduos e enquanto defensores do Estado democrático de direito em suas bases protetivas dos direitos humanos. O fato trata-se da morte do terrorista mais procurado no mundo, Osama Bin Laden, a partir do qual a *mass media* proclamou que a *guerra ao terror*, finalmente, acabara, mas não a guerra contra o *terrorismo*. A respeito do tema Kai Ambos, escreveu, no essencial:

Os terroristas, também Osama Bin Laden, são seres humanos. Como tais, eles são detentores de direitos humanos. Entre esses, encontram-se também o direito à vida, a um tratamento humano e a um processo penal justo. *Os direitos humanos fundamentais vigem também em um estado de exceção*. Somente de forma excepcionalíssima, o direito à vida em tempos de paz é suspenso parcialmente, mais especificamente, em casos de legítima

---

<sup>3</sup> DELMAS-MARTY, M. **Direito penal do inumano**. Trad. Renata Reverendo Vidal Kawano Nagamine. Belo Horizonte: Fórum, 2014. (Coleção Fórum de Direitos Humanos, v. 6). A autora diferencia “o ‘direito penal do inimigo’, inspirado no direito penal nacional, em que se prega a ‘guerra contra o crime’ e seria adaptado ao aspecto quantitativo; diferentemente do ‘direito penal do inumano’, que simboliza o paradigma do crime contra a humanidade, responderia melhor ao critério qualitativo”.

<sup>4</sup> SOUTO, C.; SOUTO, S. **Sociologia do direito**: uma visão substantiva. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997. p. 17.

<sup>5</sup> JAKOBS, G. **Direito penal do inimigo**. Organização e introdução Luiz Moreira e Eugênio Pacelli de Oliveira. Tradução dos originais em alemão: Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

<sup>6</sup> AGAMBEN, G. **Homo sacer**: v. 1: o poder soberano e a vida nua. Trad. de Henrique Burigo. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

defesa. Se é certo que Bin Laden estava desarmado e foi assassinado intencionalmente, não teria aplicabilidade a legítima defesa, pois ela requer uma agressão injusta atual às forças especiais de intervenção. Teoricamente, ainda, seria possível uma hipótese de erro sobre a situação de legítima defesa. Mas, com isso, objetivamente, o homicídio continuaria sendo um ilícito. Portanto – diferentemente do que se referiu o presidente norte-americano – ele não teria servido à justiça, mas sim a prejudicado. (grifos nossos)<sup>7</sup>.

*Mutatis mutandis*, observamos o quadro reveladoramente similar em “uno de los textos más horripilantes del derecho penal”<sup>8</sup>, de Karl Binding e Alfred Hoche: “La licencia para la aniquilación de la vida sin valor de vida”. Preciso é delimitar o estado de exceção para formar um tratamento adequado ao caso. O estado de exceção na ensinaça de Agamben<sup>9</sup> “não é um direito especial (como o direito de guerra), mas, enquanto suspensão da própria ordem jurídica define seu patamar ou seu conceito limite”. Surge a dualidade a ser resolvida entre o direito humano fundamental irrevogável e impassível de suspensão e o estado de exceção da guerra contra o terror. No mundo ocidental atual se assiste a uma solução polêmica e amplamente discutida.

Explica-se sobre o caso que se lê acima, que Obama, de certa forma, dando continuidade à *guerra ao terror*, da política de George W. Bush, não se há de negar, estende uma política criminal de exceção como projeto estatal. Segundo Giorgio Agamben:

É na perspectiva dessa reivindicação dos poderes soberanos do presidente em uma situação de emergência que se deve considerar a decisão do presidente Bush de referir-se constantemente a si mesmo, após o 11 de setembro de 2001, como *Commander in chief for the army*. Se, como vimos, tal título implica uma referência imediata ao estado de exceção, Bush está procurando produzir uma situação em que a emergência se torne a regra e em que a própria distinção entre paz e guerra (e entre guerra externa e guerra civil mundial) se torne impossível.<sup>10</sup>

A guerra e sua consequência emergencial de suspensão da ordem jurídica vigente como forma de “legítima defesa” do Estado frente a ameaças imediatas assinala a perigosa escolha de preterir o direito individual humano inalienável em favor do direito de defesa

---

<sup>7</sup> AMBOS, K. Os terroristas também têm direitos: Bin Laden não devia ter sido executado – nem mesmo em um conflito armado. Trad. do alemão por Pablo Rodrigo Alflen, com revisão do autor. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 19, n. 223, p. 2, jun. 2011. Publicado originariamente em **Frankfurter Allgemeine Zeitung**, p. 6, 5 maio 2011.

<sup>8</sup> BINDING, K.; HOCHÉ, A. **La licencia para la aniquilación de la vida sin valor de vida**. Introducción de Eugenio Raúl Zaffaroni. Traducido por: Bautista Serigós. 1. ed. Buenos Aires: Ediar, 2009. (Colección El penalismo olvidado). p. 7; cf. também p. 47.

<sup>9</sup> AGAMBEN, G. **Estado de exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 14.

<sup>10</sup> AGAMBEN, G. **Estado de exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 14-15, 38.

do Estado. Ainda, o mesmo autor sobre o tema, é claro ao apontar e explicar a política criminal adotada pelos Estados Unidos<sup>11</sup>, senão vejamos:

O significado imediatamente biopolítico do estado de exceção como estrutura original em que o direito inclui em si o vivente por meio de sua própria suspensão aparece claramente no ‘military orde’, promulgada pelo presidente dos Estados Unidos no dia 13 de novembro de 2001, e que autoriza a ‘indefinitive detention’ e o processo perante as ‘military commissions’ (não confundir com tribunais militares previstos pelo direito de guerra) *dos não cidadãos suspeitos de envolvimento em atividades terroristas*. Já o USA Patriot Act, promulgado pelo Senado no dia 26 de outubro de 2001, permite ao Attorney general ‘manter preso’ o estrangeiro (alien) suspeito de atividades que ponham em perigo ‘a segurança nacional dos Estados Unidos; mas, no prazo de sete dias o estrangeiro deve ser expulso ou acusado de violação da lei sobre imigração ou de algum outro delito. A novidade da ‘ordem’ do presidente Bush está em *anular radicalmente todo estatuto jurídico do indivíduo, produzindo, dessa forma, um ser juridicamente inominável e inclassificável. Os talibãs capturados no Afeganistão, além de não gozarem do estatuto do POW [prisioneiro de guerra] de acordo com a Convenção de Genebra, tampouco gozam daquele de acusado segundo as lei norte-americanas. Nem prisioneiros nem acusados, mas apenas detainees, são objeto de uma pura dominação de fato, de uma detenção indeterminada não só no sentido temporal, mas também quanto à sua própria natureza, porque totalmente fora da lei e do controle judiciário. A única comparação possível é com a situação jurídica dos judeus nos Lager nazistas: juntamente com a cidadania, havendo perdido toda identidade jurídica, mas conservavam pelo menos a identidade de judeus. Como Judith Butler mostrou claramente, no detainee de Guantánamo a vida nua atinge sua máxima indeterminação*” (Grifos nossos).

Estamos diante do *homo sacer* a que tanto se refere Giorgio Agamben, como bem nos expõe Paulo César Busato “aquele que é considerado tão impuro que fica fora da jurisdição humana, cuja morte não se traduz, sequer, em homicídio a quem o poder soberano aplica a vida nua, ou seja, as regras destituídas de qualquer limite ou direito”.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> BAUMAN, Z. **Globalização: as consequências humanas**. Trad. de Marcos Penchel. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1999. Traz o referido autor a seguinte referência ao modelo prisional americano, tipo Pelican Bay, na Califórnia, “à primeira vista, o projeto de Pelican Bay parece uma versão atualizada, super high-tech e sofisticada do Panóptico, a suprema encarnação do sonho de Bentham de controle total, através da vigilância total. Um segundo olhar revela, no entanto, a superficialidade da primeira impressão” (p. 116). Mais adiante fulmina: “Se os campos de concentração serviram como laboratórios de uma sociedade totalitária nos quais foram explorados os limites da submissão e servidão e se as casas de correção panópticas serviram como laboratórios da sociedade industrial nos quais foram experimentados os limites da rotinização da ação humana, a prisão de Pelican Bay é um laboratório da sociedade ‘globalizada’ (ou ‘planetária’, nos termos de Alberto Melucci) no qual são testadas as técnicas de confinamento espacial do lixo e do refugio da globalização e explorados os seus limites” (p. 121).

<sup>12</sup> BUSATO, P.C. **Thomas Hobbes penalista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. (Coleção por que ler os clássicos v. 2) p. 119. Quanto à Agamben temos sua obra **Homo Sacer**: v. 1: o poder soberano e a vida nu. Trad. Henrique Burigo. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010. “A vida insacrificável e, todavia, matável, é a vida sacra” p. 84. “[...] Soberana é a esfera na qual se pode matar sem cometer homicídio e sem celebrar um sacrifício, e sacra, isto é, matável e insacrificável, é a vida que foi capturada nesta esfera” (p. 85).

O estado de exceção cria um ser sem direitos, um ente no qual se opõem o máximo direito do Estado e a diminuição do indivíduo ao ponto zero. É a *ultima ratio* além da *ultima ratio* penal, é o ponto limite da sobrevivência do Estado ao custo do indivíduo (o inimigo).

Tudo isso tratado por Agamben é na visão de Jakobs o inimigo, mas o que seria o *inimigo no direito penal*? Mais recentemente, como indagou em palestra proferida no Ciclo de Palestras da Ordem dos Advogados do Brasil em Brasília/DF (OAB/DF), Zaffaroni, é possível, constitucionalmente, num estado democrático de direito, falar-se em inimigo?

## 1 O DIREITO PENAL DO INIMIGO E A POLÍTICA CRIMINAL SOBRE O TEMA

A cultura do medo, hoje, deve-se muito ao ocorrido na data de 11 de setembro de 2001, pode-se constatar na obra de John Vervaele<sup>13</sup> que faz um perfeito “inventário” do ocorrido com relação à legislação antiterrorista dos Estados Unidos, tendo com a chamada *guerra ao terror*, também, influenciando outros países.

Quanto ao *direito penal do inimigo*, deve-se a Jakobs a criação de tal nomenclatura, porém ela não teve, na sua criação, o significado que hoje se conhece, o termo é de 1985<sup>14</sup>, “Este termo foi primeiramente utilizado, para descrever e criticar a legislação penal alemã que, a partir dos anos 80, assumia um caráter expansionista, visando a atender aos reclamos de uma política de risco”. Cornelius Prittwitz, em palestra proferida no 9º Seminário Internacional do IBCCRIM, em manuscrito, aduz:

Após uma palestra de Günther Jakobs na Conferência do Milênio em Berlim, este conceito levantou muita poeira não só na Alemanha, mas também nas regiões de língua portuguesa e espanhola. Em 1999, não era a primeira vez que Jakobs empregava o conceito. Em 1985, utilizou-o numa palestra de Frankfurt, que recebeu muito menos publicidade, no Seminário sobre Direito Penal. Mais primeiramente: o que deve entender sob o conceito “direito penal do inimigo”, e que posição adotar? “Direito penal do inimigo” é um direito penal por meio do qual se confronta não os seus cidadãos, mas seus inimigos. Em que isto se faz visível? Primeiramente, tomando-se a lei concretamente – o código penal e a

---

<sup>13</sup> VERVAELE, J. A. E. **La legislación antiterrorista em Estados Unidos: ¿Inter arma silent leges?** Ciudad Autonoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2007.

<sup>14</sup> BICUDO, T. V. **Por que punir?** Teoria geral da pena. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 166.

legislação processual penal, o que se vê é que, onde se trata da punição de inimigos, se pune antes e de forma mais rígida; do ponto de vista do direito material, a liberdade do cidadão de agir e (parcialmente) de pensar é restringida; ao mesmo tempo, subtraem-se direitos processuais ao inimigo.<sup>15</sup>

E continua, mais adiante:

Porém aquilo que em 1985 recebeu aplauso dos colegas, ficando no entanto – por ser (demasiadamente crítico) – sem grande repercussão, em 1999 foi recebido pelos colegas com descrente espanto, em contrapartida sendo muito aplaudido por grupos que certamente não são do agrado de Jakobs. O que tinha mudado? Partindo da sua descrição crítica do estado de coisas, Jakobs tinha desenvolvido um modelo de direito penal parcial. Uma grande parte do direito penal alemão é, na opinião dele, direito penal do inimigo, coisa que Jakobs já tinha analisado em 1985. Porém, em 1999, ele diz: ela deve realmente ser direito penal do inimigo. Para se justificar esta guinada de 180 graus, Jakobs essencialmente diz que aquele que se comporta como inimigo (e Jakobs realmente emprega, mal se pode crer, a expressão “não pessoa”) também merece ser tratado como inimigo – portanto não como pessoa. O grande número de inimigos de dentro e de fora – e Jakobs apresenta também cenários ameaçadores vindos com a globalização – não deixam ao Estado Democrático outra chance senão reagir com o direito penal do inimigo. É preciso dizer que é visivelmente a intenção de Günther Jakobs salvar a característica de Estado de Direito no direito penal do cidadão, dividindo o direito penal hoje em vigor num direito penal “do cidadão” e um “direito penal parcial do inimigo”.

Assim a dicotomia entre direito humano fundamental e direito de defesa do Estado, no direito penal do inimigo é resolvida com uma decisão em favorecer o Estado. O conceito base que perpassa a decisão é a própria compreensão do Estado como bem inegociável, um passo além (ou aquém!) do contratualismo moderno. Comungando do mesmo entendimento, Paulo César Busato, em comparação com a obra de Agamben, doutrina:

A admissão de um modelo de Direito penal do inimigo, equivale à admissão, como regra jurídica, de uma postura de combate própria do Estado de exceção. Por isso, a proposta

---

<sup>15</sup> PRITTWITZ, C. **O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo**: tendências atuais em direito penal e política criminal. Trad. Helga Sabotta de Araújo e Carina Quito. Artigo n. 37. *Direito Penal*, v. 2. Organizadores: Alberto Silva Franco, Guilherme de Souza Nucci. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 915-927. Há, ainda, publicação na Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCRIM) n. 47, mar./abr. 2004. Para se aprofundar ler Günther Jakobs: **Direito penal do inimigo**. Organização e introdução: Luiz Moreira, Eugênio Pacelli de Oliveira. Tradução dos originais em alemão: Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. Criticando tal teoria, por todos, ler ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

de Jakobs não pode arvorar-se às pretendidas conexões com a teoria contratualista, mas sim com as justificações de imposição de regras com base na soberania para além do direito defendidas por Carl Schmitt<sup>16</sup>.

Falar, em direito penal do inimigo, pode levar a criação, claro que de forma crítica a teoria criada por Jakobs, de Roque de Brito Alves, de um *direito penal amigo*, que aduz:

Ao contrário de tal teoria antidemocrática e inaceitável, entendemos que existe e podemos expor, em estrito aspecto técnico-jurídico, a nossa tese do “Direito Penal Amigo”, opondo-se a tal “Direito Penal do Inimigo”, tendo-se em vista a nossa legislação penal (Código Penal e legislação extravagante) e também a atual Constituição de 1988 – que têm claramente inúmeros textos que beneficiam ao autor de crime ou mesmo a alguém já condenado, o qual continua como cidadão embora seja um delinquente ou um apenado. Tais textos benéficos passam a ser “direitos”, pois estão na lei e constituem a estrutura ou conteúdo da nossa teoria do “Direito Penal Amigo” do criminoso ou do já condenado, em um evidente garantismo penal, fazendo esta nossa teoria que o Direito Penal não exista, não seja aplicado ou compreendido unicamente em termos de repressão. Também existe garantismo penal em vários textos de da nossa vigente Constituição.<sup>17</sup>

Atentado para o alerta de Baratta acerca da relação da sociologia jurídica com a ciência do direito, tendo em vista que o objeto da ciência do direito são as normas e as estruturas normativas, “enquanto a sociologia jurídica tem a ver com modos de ação e estruturas sociais”<sup>18</sup>, indagamos Jakobs, sobre sua teoria, e como se sustenta num Estado Democrático de Direito, este respondeu que ao invés de longas explicações remetia ao prefácio de sua já citada obra, e este respondeu:

---

<sup>16</sup> BUSATO, P. C. **Thomas Hobbes penalista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. (Coleção por que ler os clássicos v. 2). p. 121. Traz, ainda, o referido autor, na mesma página, “Não é à toa que a proposta de um Direito penal do inimigo encontra-se perfeitamente ajustada à política criminal estadunidense do Século XX, que pode ser sintetizada nos Patriot Acts, que condensam a postura de subversão da ordem instituída, justificada pela necessidade de combater um inimigo. A situação de estabelecimento do Estado de exceção como regra pode ser vista na ordem militar promulgada pelo presidente dos Estados Unidos em 13 de novembro de 2001, confirmada pelo USA Patriot Act de 26 de outubro de 2001, autorizando coisas como o infinite detention para não cidadãos acusados de terrorismo. Outrossim, esta situação concreta, se é que pode encontrar coincidências com um modelo de Direito penal do inimigo, tem suas raízes não em um modelo contratual, de pacto, mas sim em uma imposição de um Estado de exceção. Ademais, quando identificada a realidade a um modelo teórico, este último, por muito que pretenda ser explicativo ou descritivo, sempre comporá uma espécie de legitimação daquele”.

<sup>17</sup> ALVES, R. de B. O direito penal amigo. **Opinião**: Diário de Pernambuco, Recife, Caderno. A, p. 11, 13 dez, 2009.

<sup>18</sup> BARATTA, A. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. (Coleção Pensamento Criminológico, n. 1). p. 22.

Das Problem ist an einer Berührungsstelle von drei Systemen angesiedelt: Rechtssystem, wissenschaftliches System und politisches System. Die meisten Autoren halten das nicht sauber auseinander, während ich versuche, streng im wissenschaftlichen System zu argumentieren.<sup>19</sup>

O âmbito da teoria e do sistema pode ter uma conexão consistente de axiomas e teorema, mas sua aplicação – como no caso discutido do terrorismo – torna o direito penal do inimigo um pensamento que no mínimo pode ser perigosamente mal interpretado como uma sustentação e planificação do totalitarismo. Há um abismo entre o estudo teórico e sua intenção científica e a aplicação política de suas teses. Com tal resposta, conclui-se o que Claus Roxin (2004) havia respondido sobre o tema Direito Penal do Inimigo:

Von einem ‘Feindstrafrecht’ halte ich nichts. Es handelt sich hier um eine Idee des Bonner Professors Jakobs, des bestimmten, besonders gefährlichen Delinquenten (etwa Terroristen) als Feinde behandeln und die bürgerlichen Freiheitsrechte absprechen will, die dem Beschuldigten sonst zustehen. Wenigstens will er dem Staat das Recht zugestehen, ein solches Feindstrafrecht zu schaffen.

Das ist ein sehr bedenklicher Gedanke, der eine Tendenz zum Totalitarismus aufweist. Es ist ein fundamentales Prinzip des Rechtsstaats, dass alle Menschen vor dem Gesetz gleich sind. Ein Staat, der dieses Prinzip aufgibt, ist kein Rechtsstaat mehr.

Eine nähere Auseinandersetzung mit der Lehre von Jakobs ist aber deshalb nicht möglich, weil dieser sich bisher nicht näher dazu geäußert hat, welche Möglichkeiten der Rechtseinschränkung er dem Staat gegenüber ‘Feinden’ einräumen will”.<sup>20</sup>

Com relação à doutrina de Zaffaroni indagou em palestra proferida no Ciclo de Palestras da Ordem dos Advogados do Brasil em Brasília/DF (OAB/DF), se, é possível, constitucionalmente, num estado democrático de direito, falar-se em inimigo?

Lançou a pergunta para em seguida opinar que fora da hipótese bélica, do direito de guerra, não há razão para o Estado de Direito falar em inimigo. Segundo defendeu, as teorias criminológicas vigentes têm raízes na Idade Média, com o conceito de inimigo

---

<sup>19</sup> Em tradução livre, temos: “O problema está localizado na interface (ponto de contato) entre três sistemas: sistema jurídico, sistema científico e sistema político. A maioria dos autores não separa bem enquanto eu tento argumentar rigidamente dentro do sistema científico”.

<sup>20</sup> Em tradução livre, temos: “Eu não concordo com nada disso. Isso é uma idéia do Professor de Bonn Jakobs que quer tirar os direitos civis do delinqüente como terrorista tratando como inimigos os que como acusados teriam direito. Pelo menos quer conceber ao Estado o direito de criar tal direito penal do inimigo, é um pensamento que suscita cuidado, pois demonstra uma tendência, para o totalitarismo. É um princípio fundamental do Estado de Direito que todos os homens são iguais perante a lei. Um Estado que abre mão desse princípio não é mais um Estado de Direito”.

que remete às bruxas e aos hereges. Perante esse inimigo o poder punitivo não tem de conhecer limites, conforme o entendimento da época. É o direito penal que vivemos até hoje, que foi se repetindo ao longo da história com sucessivos inimigos, como Estados totalitários, comunismo ou drogas.

Informou ainda que, atualmente, 70% dos presos nas cadeias da América Latina não estão condenados, mas em prisão preventiva. São os presos por via das dúvidas. É o direito processual gerando o direito penal do inimigo". Concluiu declarando que para a fortificação do Estado de Direito, a arma ideológica que temos não pode admitir a ideia de um inimigo. Essa ideia é própria do Estado de Polícia, e nossa função jurídica é conter esforços cujo intento seja a quebra da contenção do Estado de Direito.<sup>21</sup>

De fato, a legislação brasileira em matéria penal e processual penal refletiu nos anos de 1990 uma política criminal de recrudescimento, extremamente punitivista e derivada da opinião pública, exemplos claros são as leis n.º 8072/90 (Lei dos Crimes Hediondos)<sup>22</sup> e lei n.º 9034/95 (Lei da Criminalidade Organizada), ou seja, o Direito Penal, servindo de panaceia para problemas sociais seríssimos, pois mais fácil alterar-se um artigo de lei que informar bem e educar a sociedade, daí a profusão de leis penais simbólicas.<sup>23</sup>

É este Direito Penal simbólico que observa com sagacidade Gabriel Ignácio Anitua:

As políticas penais que os diversos governos da atualidade implementam têm uma função simbólica declarada de impor os valores morais tradicionais. Para isso, é utilizada a ferramenta tradicional de reprimir e, ao mesmo tempo, construir subjetividades.<sup>24</sup>

É neste sentido que aduz Marco Antônio Nahum "Há muito vivemos um vendaval repressivo, fruto de emoções e demagogias irresponsáveis"<sup>25</sup>, fomentado pelo discurso repressivo das instâncias de controle, gerando uma política criminal do terror.

---

<sup>21</sup> Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2734649/eugenio-raul-zaffaroni-e-condecorado-na-oab-df>>. Acesso em: 11 jun. 2011.

<sup>22</sup> FRANÇA, L. A. Governando através do crime: anotações sobre o tragicômico fenômeno da lei dos crimes hediondos. In: FRANÇA, L. A. (Org.); BUSATO, P. C. (Coord.). **Tipo: Inimigo**. Curitiba: FAE Centro Universitário, 2011. p. 73-95. Doutrina, ainda, de forma lúcida e crítica: "O tragicômico fenômeno da Lei dos Crimes Hediondos é o caso mais emblemático deste país de uma lei extremamente punitivista, derivada da opinião pública, estruturada em plena verborragia jurídica, criada única e exclusivamente como um (péssimo) instrumento de administração pública. Eis a referência ao passo inaugural de uma nova arte de se governar no Brasil, fundada no crime, na urgência e na exceção".

<sup>23</sup> BUSATO, P. C. O outro como inimigo: um discurso punitivo de exclusão. IN: MUÑOZ CONDE, F. **Crítica ao direito penal do inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. Doutrina que: "No entanto, erra quem pensa que só agora estamos diante de uma situação de emergência, ignorando toda a espiral de violência fomentada pelo próprio discurso repressivo das instâncias de controle que desde há muito vêm utilizando o Direito penal como resposta à demanda por segurança".

<sup>24</sup> ANITUA, G. I. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Trad. de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan : Instituto Carioca de Criminologia, 2008. p. 802.

<sup>25</sup> NAHUM, M. A. R. A repressão ao crime, e o antiterrorismo. **Boletim do IBCCRIM**, São Paulo, v. 11, n. 128, jul. 2003.

São na verdade políticas criminais de intolerância, revestidas de cientificidade, apresentando-se como um Direito Penal do Inimigo ou um Direito Penal de velocidades, duas ou três.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto acima, a obra de Giorgio Agamben traz um real contraponto ao *direito penal do inimigo* proposto por Jakobs, este, como se viu, tenta por meio de uma teoria, apesar de afirmar que não, em sua obra, ir de encontro ao Estado Democrático de Direito, pois negar àquele as garantias que qualquer cidadão possui, regride ao que inevitavelmente o fez a Escola de Kiel, num período nazifascista e o mundo atual não pode e não deve ser seduzido pelo “canto da sereia” como no início deste novo milênio fizeram e fazem os Estados Unidos.

É o que doutrina Gabriel Ignácio Anitua, sobre a obra de Agamben:

Em seu livro exemplar, *Homo Sacer*, Giorgio Agamben faz referências às novas “não pessoas” claramente visíveis quer na “velha” e auto indulgente Europa, quer nos evidentemente imperialistas Estados Unidos. É o lugar dos refugiados, dos imigrantes clandestinos ou sem papéis.<sup>26</sup>

Não é demais lembrar o que com propriedade doutrina Prittwitz com invulgar clareza:

O dano que Jakobs causou com suas reflexões e seu conceito de direito penal do inimigo é visível. Regimes autoritários adotarão entusiasmados a legitimação filosoficamente altissonante do direito penal e processual contrário ao Estado de Direito. Mas também na discussão na Alemanha ele pode ser responsabilizado por quebrar o tabu de destruir desnecessariamente os limites pelo menos em tese indiscutíveis entre direito penal e guerra. Vêm à mente paralelos com a discussão havida no ano passado – e que os juristas alemães consideravam quase impossível – sobre a possibilidade de eventualmente empregar até mesmo a tortura em determinados casos excepcionais.<sup>27</sup>

Assim o fizeram os Estados Unidos, na sua *guerra ao terror*. Um Estado enfrentando indivíduos, sua arma é anular o indivíduo. Pelo outro lado o terrorista enfrenta um Estado, mas sua arma para atingi-lo é atacar os indivíduos que o Estado deveria proteger, em última instância ambos reduzem o indivíduo a condição de ferramenta para finalidades políticas. O homem é, para ambos, *inimigo*.

---

<sup>26</sup> ANITUA, G. I. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Trad. de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008. p. 838.

<sup>27</sup> PRITTWITZ, C. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. In: FRANCO, A. S.; NUCCI, G. de S. (Org.). **Direito penal**: Artigo n. 37. Trad. Helga Sabotta de Araújo, Carina Quito, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 2. p. 915-927.

Por fim, sabido e ressabido que num Estado Democrático de Direito, como adverte Luigi Ferrajoli, “En efecto, La razón jurídica Del Estado de derecho no conoce enemigos y amigos, sino solo culpables e inocentes”.<sup>28</sup>

E continua o autor:

La estrategia militar de los Estados Unidos en La lucha contra el terror se ha revelado trágicamente fallida. Dos guerras contra tantos Estados, cuando las organizaciones terroristas consisten en variadas redes clandestinas compuestas de individuos sin rostro, han tenido el único efecto de secundar al terrorismo, degradar nuestras democracias, acrecentar La inseguridad y reducir las libertades civiles.

No momento em que o terrorista dobra o Estado e o faz abandonar seu papel de guardião da ordem jurídica ele prova ao indivíduo que faz parte do Estado que a guerra está perdida. Afinal, o que exatamente o Estado está defendendo se a ordem jurídica que é um de seus órgãos vitais já foi perdida? O que não se pode permitir é o que adverte Elton Dias Xavier:

Nesse contexto, volta a lume a teoria do Estado de Exceção, a qual desponte, para alguns, como alternativa à integração do ordenamento democrático, capaz de possibilitar a adoção de certos mecanismos de defesa para prevenir e combater as agressões às democracias, ao próprio Estado e aos direitos por elas eleitos. Tal paradigma mostra historicamente uma tendência em transformar em prática duradoura de governo a ampliação dos poderes governamentais.<sup>29</sup>

Negar ao terrorista, no caso do artigo, mesmo a Osama Bin Laden, a noção de pessoa, sem um processo penal com as garantias constitucionalmente garantidas, além de grave é uma contradição em si, Ricardo Rabinovich, em artigo sobre pessoa, doutrina:

La idea de “persona” surgió en Roma ante la ausencia de un término que realmente definiera, en la ciencia jurídica y en el habla corriente, al miembro de nuestra especie. Se construyó como expresión técnica inclusiva, a través de la cual se reconocía un status especial, diferente al de las rei y al de los demás animales (los “cetera animalia” de Ulpiano en Digesto 1.1.1.3), a todos los homines, fueran romanos o extranjeros, hombres o mujeres, libres o siervos, nacidos o aún “in utero”. Todo ius (en el sentido de potestad exigible mediante una acción

---

<sup>28</sup> FERRAJOLI, L. Democracia e garantismo. Prólogo Miguel Carbonell. In: **El derecho penal del enemigo y La disolución del derecho penal**. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez. 2. ed. España: Trotta, 2010. p. 234-250. Há, ainda, referência sobre o texto do Constitucionalista português: José Joaquim Gomes Canotilho. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 240, “O Estado de direito não conhece amigos nem inimigos, mas só inocentes e culpados”.

<sup>29</sup> XAVIER, E. D. Biopoder, biopolítica e o paradigma do estado de exceção. In: PABLO E. S. (Org.). **IX Jornadas Nacionales de Filosofía y Ciencias Políticas**. 1. ed. Mar del Plata: Universidad Nacional de Mar del Plata, 2009, v. 1, p. 111-145.

o defendible por medio de una excepción) lo era de una persona y sólo las personas tenían iura, porque “es por causa de los homines que se constituyó todo el ius.”<sup>30</sup>

Contudo, não se pode relegar o que coloca Robert Philippe sobre a questão criminal e as tendências criminalizantes oriundas do seio social, dizendo que: “[...] o peso das modas e dos lugares comuns faz-se sentir sobre tudo no que diz respeito ao crime”.<sup>31</sup> Dito isto, pergunta-se: será que os Estados Unidos retornarão a assim proceder, como nos ensinaram num passado não tão remoto, a respeitar e garantir os direitos humanos? Sabemos que atualmente são os Estados Unidos os maiores violadores destes direitos, humanos, tão caros conseguidos com o sacrifício de muitos. Como evitar que o Estado, responsável pela guarda da ordem jurídica, desrespeite essa ordem em sua mais enraizada norma fundamental, os mais básicos direitos do homem? Não há resposta do próprio Estado para essa pergunta, todos e qualquer um podem ser reduzidos ao *homo sacer*.

Em que pese, recente projeto que pretende tipificar o crime de terrorismo (PLS n. 499/2013) e a Lei de Organização Criminosa n. 12.850/2013<sup>32</sup> fazer menção ao *terrorismo* e *organizações terroristas internacionais*, art. 1º, §2º, inc. II da referida lei, não parece adequado nos moldes em que o projeto citado pretende, além de demonstrar um *expansionismo penal desnecessário*. Peca novamente o legislador, em não “dialogar” com o jurista, porém em discussão que não pretenda ferir os princípios da legalidade, taxatividade, sendo por demais *abertos*, poderia-se pensar em um tipo de terrorismo nos moldes que as recentes legislações penais trazem.

---

<sup>30</sup> RABINOVICH-BERKMAN, R. **El concepto de persona ¿Ha devenido innecesario? (¿O acaso inconveniente?)**. [s.l.], [s.ed.], [s.d.].

<sup>31</sup> ROBERT, P. **Sociologia do crime**. Trad. Luis Alberto Salon Peretti. Petrópolis: Vozes, 2007. p. 9.

<sup>32</sup> BITENCOURT, C. R.; BUSATO, P. C. **Comentários à lei de organização criminosa: lei 12.850/2013**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 37. Que aduz: “[...] A despeito de não haver terrorismo em território brasileiro, deve-se observar que o texto legal não fala em crime, mas em atos terroristas, aliás talvez até pela inexistência de legislação específica sobre o tema”.

## REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, G. **Estado de exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Homo sacer**: v. 1 – Poder soberano e a vida nua. Trad. Henrique Burigo. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.
- ALVES, R. de B. O direito penal amigo. Opinião. **Diário de Pernambuco**, Recife, Caderno A, p. 11, 13 maio 2009.
- AMBOS, K. Os terroristas também têm direitos: Bin Laden não devia ter sido executado – nem mesmo em um conflito armado. Artigo publicado originariamente em Frankfurter Allgemeine Zeitung, 5 maio 2011, p. 6. Trad. do alemão por Pablo Rodrigo Alflen. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 19, n. 223, p. 2-3, jun. 2011.
- ANITUA, G. I. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2008.
- BARATTA, A. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002 (Coleção Pensamento Criminológico, n. 1).
- BAUMAN, Z. **Globalização**: as consequências humanas. Trad. Marcos Penchel. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1999.
- BICUDO, T. V. **Por que punir?** Teoria geral da pena. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BINDING, K; HOCHÉ, A. **La licencia para la aniquilación de la vida sin valor de vida**. Introducción de Eugenio Raúl Zaffaroni. Traducido por: Bautista Serigós. 1. ed. Buenos Aires: Ediar, 2009. (Colección El penalismo olvidado).
- BITENCOURT, C. R.; BUSATO, P. C. **Comentários à lei de organização criminosa**: lei 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BUSATO, P. C. O inimigo em Hobbes: crítica à justificação filosófica em Jakobs ao direito penal do inimigo. In: **Thomas Hobbes penalista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. (Coleção por que ler os clássicos, v. 2).
- \_\_\_\_\_. O outro como inimigo: um discurso punitivo de exclusão. In: BUSATO, P. C.; MUÑOZ CONDE, F. F. **Crítica ao direito penal do inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 155-257.
- CANOTILHO, J. J. G. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- DELMAS-MARTY, M. **Direito penal do inumano**. Trad. Renata Reverendo Vidal Kawano Nagamine. Belo Horizonte: Fórum, 2014. (Coleção Fórum de Direitos Humanos, v. 6).
- EUGENIO Raúl Zaffaroni é condecorado na OAB/DF. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2734649/eugenio-raul-zaffaroni-e-condecorado-na-oab-df>>. Acesso em: 11 jun. 2011.
- FERRAJOLI, L. Democracia y garantismo. Prólogo Miguel Carbonell. In: \_\_\_\_\_. **El derecho penal del enemigo y La disolución del derecho penal**. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez. 2. ed. Madrid: Trotta, 2010. p. 234-250.

FRANÇA, L. A. Governando através do crime: anotações sobre o tragicômico fenômeno da lei dos crimes hediondos. In: FRANÇA, L. A. (Org.); BUSATO, P. C. (Coord.). **Tipo: Inimigo**. Curitiba: FAE Centro Universitário, 2011. p. 73-95.

GRACIA MARTÍN, L. **O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo**. Trad. Luiz Regis Prado, Érika Mendes de Carvalho; prefácio José Ignacio Lacasta-Zabalta. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Série ciência do direito penal contemporânea, v. 10).

JAKOBS, G. **Direito penal do inimigo**. Organização e introdução Luiz Moreira e Eugênio Pacelli de Oliveira; Trad. dos originais em alemão: Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

NAHUM, M. A. R. A repressão ao crime, e o antiterrorismo. **Boletim do IBCCRIM**, São Paulo, v. 11, n. 128, jun. 2003.

PRITTWITZ, C. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. In: FRANCO, A. S.; NUCCI, G. de S. (Org.). **Direito Penal I**: artigo n. 37. Trad. Helga Sabotta de Araújo, Carina Quito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. v. 2, p. 915-927.

\_\_\_\_\_. O direito penal entre o direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 12, n. 47, p. 39-45, mar./abr. 2004.

ROBERT, P. **Sociologia do crime**. Trad. Luis Alberto Salon Peretti. Petrópolis: Vozes, 2007.

SOUTO, C.; SOUTO, S. **Sociologia do direito**: uma visão substantiva. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997.

STELLA, F. **La giustizia e le ingiustizie**. Bologna: Il Mulino, 2006.

VERVAELE, J. A. E. **La legislación antiterrorista em Estados Unidos**: ¿inter arma silent leges? Ciudad Autonoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2007.

XAVIER, E. D. Biopoder, biopolítica e o paradigma do estado de exceção. In: PABLO E. S. (Org.). **IX Jornadas Nacionales de Filosofía y Ciencia Política**. 1. ed. Mar del Plata: Universidad Nacional de Mar del Plata, 2009, v. 1, p. 111-145.

ZAFFARONI, E. R. **O inimigo no direito penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAGREBELSKY, G. **A crucificação e a democracia**. Trad. Mônica de Sanctis Viana. São Paulo: Saraiva, 2011. (Série IDP).